

# **BGer 5A\_149/2017 vom 19. April 2017**

Bundesgericht, 2017-04-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_149\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_149_2017)

FR: TF 5A\_149/2017 du 19 avril 2017

IT: TF 5A\_149/2017 del 19 aprile 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Fristgerecht angefochten ist der kantonale Abänderungsentscheid betreffend einen auf dem HKÜ (Haager Kinderentführungsübereinkommen, SR 0.211.230.02) basierenden Rückführungsentscheid. Der Abänderungsentscheid stützt sich formell auf Art. 13 Abs. 1 BG-KKE (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung, SR 211.222.32) und ist in gleicher Weise anfechtbar wie der Rückführungsentscheid selbst. Die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen sind damit grundsätzlich erfüllt (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG, Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BG-KKE, Art. 90 BGG und Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG).

Im Zusammenhang mit der Frage der Legitimation ist einzig fraglich, ob sich die Mutter mit einem Abänderungsgesuch auf einen im Rückführungsverfahren nie thematisierten Kindeswillen berufen kann oder ob nicht das Kind selbst, von dem nachträglich behauptet wird, es wersetze sich der Rückführung, bzw. sein Vertreter als Manifestation des Widersetzens die Abänderung verlangen müsste. Indes gibt das Rückführungsübereinkommen dem gesuchsgegnerschen Elternteil die Möglichkeit, sich auf den betreffenden Rückführungsausschlussgrund zu berufen, und ermöglicht nicht erst Art. 13 Abs. 1 BG-KKE die Behauptung veränderter Verhältnisse; vielmehr ist dies direkt in Umsetzung des HKÜ möglich, wie das Bundesgericht vor Inkrafttreten des BG-KKE stets anerkannt hat (vgl. z.B. die Urteile 5P.160/2001 vom 13. September 2001 E. 4b/aa; 5P.454/2000 vom 16. Oktober 2001 E. 2a). Das Abänderungsgesuch der Mutter, welche sich ausschliesslich auf den nachträglich vorgebrachten Ausschlussgrund des Kindeswillens beruft, ist mithin zulässig, wobei auf den vorstehend angesprochenen besonderen Umstand im Zusammenhang mit der Prüfung der Abänderungsvoraussetzungen und der inhaltlichen Prüfung des Abänderungsgrundes zurückzukommen sein wird.

### **E. 2**

Art. 13 Abs. 1 BG-KKE setzt für die Änderung des Rückführungsentscheides voraus, dass sich seither die einer Rückführung entgegenstehenden Umstände wesentlich geändert haben. Die Botschaft zum BG-KKE hält fest, diesfalls müsse es ähnlich wie bei Kindesschutzmassnahmen auch in Bezug auf den Rückführungsentscheid in engen Grenzen möglich sein, eine Neu Beurteilung vorzunehmen, wobei eine solche Situation in der Regel nur dann auftrete, wenn zwischen dem Entscheid und dem Vollzug eine gewisse Zeit verstrichen sei (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2007, BBl 2007 2627). Gemäss Botschaft können sich die neuen Tatsachen insbesondere aus einer wesentlichen Änderung in der familiären Situation des Kindes oder einer wesentlichen Verschlechterung der Verhältnisse im ausländischen Staat ergeben (Botschaft, BBl 2007 2628). Dem Kantonsgericht ist zuzustimmen, dass darüber hinaus die veränderten Tatsachen auch im Auftreten eines neuen Rückführungsausschlussgrundes bestehen können.

Das Kantonsgericht hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ im Rückführungsverfahren nie thematisiert worden sei und auch keinerlei Anhaltspunkte bestanden hätten, dass sich das Kind einer Rückführung widersetzen könnte; im Gegenteil habe die Befragung ergeben, dass es sich möglichst viel Kontakt zu beiden Elternteilen wünsche und sich ein Leben sowohl in der Schweiz als auch in Spanien vorstellen könne, je mit möglichst umfassenden Kontakten zum anderen Elternteil. Das Kantonsgericht hat sodann festgehalten, dass aufgrund des schlüssigen Gutachtens heute ein autonom gebildeter und gefestigter Wille und die Weigerung des Kindes bestehe, nach Spanien zurückzukehren, wobei offen bleiben könne, wann genau, wie und aus welchen Gründen sich dieser Weigerungswille entwickelt habe.

Der Vater macht geltend, dass zwischen dem Rückführungsentscheid und dem Abänderungsgesuch nur wenige Tage lägen und deshalb kein veränderter Sachverhalt vorliegen könne, da C.\_\_\_\_\_ in dieser kurzen Zeit unmöglich derart an Reife habe gewinnen können, dass sich plötzlich ein Widersetzungswillen entwickelt hätte, welcher sich vorher nie manifestiert habe.

Die Mutter hatte sich nicht erst im Abänderungsgesuch, sondern bereits in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht neu auf den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ berufen. Obwohl die zur Manifestation des behaupteten Kindeswillens beigelegten Dokumente im bundesgerichtlichen Verfahren Noven darstellten, hat das Bundesgericht diese gewürdigt und ist mit relativ ausführlichen Erwägungen zum Schluss gekommen, dass selbst wenn man über das Novenverbot hinwegsähe und den Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ materiell behandeln würde, offensichtlich kein autonom gebildeter Kindeswille vorliege (Urteil 5A\_513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.1). Gemäss letztinstanzlicher gerichtlicher Beurteilung war somit zur damaligen Zeit der Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ nicht gegeben, zumal die Mutter in ihrem Abänderungsgesuch keine gegenüber dem bundesgerichtlichen Entscheid veränderte Situation schilderte, sondern primär Erklärungen nachschob. So führte sie etwa hinsichtlich des im Urteil 5A\_513/2016 E. 3.1 thematisierten und zu einem zentralen Punkt des Abänderungsgesuches gemachten Briefes von C.\_\_\_\_\_ an, er habe diesen in eigenen Worten auf Spanisch verfasst und sie habe ihn für das Kind auf Deutsch übersetzt, wobei sie dabei gleich die sprachlichen und grammatikalischen Fehler korrigiert habe; diese Begründung macht aber offensichtlich keinen Sinn, wenn die vom Kind verwendete Ausgangssprache nicht Deutsch war.

Indes ist für die Beurteilung des vorliegenden Dossiers nicht die damalige, sondern die heutige Situation relevant und deshalb die Kritik, die Einholung eines Gutachtens sei weder notwendig noch angebracht gewesen, nunmehr gegenstandslos: Es ist Tatsache, dass das Kantonsgericht die Rückführung gestoppt und ein Gutachten zur Willensbildung des Kindes in Auftrag gegeben hat, und es ist auch Tatsache, dass dessen Erstellung - in Missachtung des in Rückführungsverfahren bestehenden Eilgebotes (vgl. dazu BGE 137 III 529 E. 2.2) - viele Monate in Anspruch genommen hat; inzwischen ist ein weiteres halbes Jahr verstrichen und deshalb zwangsläufig die Lage zu prüfen, wie sie heute besteht.

### **E. 3**

Das Kantonsgericht hat bei seinem Abänderungsentscheid auf das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_\_, Erziehungswissenschaftlerin und Sozialpädagogin, Fachfrau für Familienfragen, abgestellt.

Darin hält die Gutachterin fest, sie habe in den Einzelgesprächen mit C.\_\_\_\_\_ keine Antwort erhalten, die ihr Zweifel erlaubt hätten an seinem Entschluss, in der Schweiz zu bleiben. Insgesamt liege eine autonome, nicht durch elterliche Instrumentalisierung oder Manipulation zustande gekommene Willensbildung bei C.\_\_\_\_\_ vor. Ein pädagogisches Fehlverhalten der Mutter, das bewusst oder unbewusst manipulativ auf eine Entfremdung vom Vater abziele, sei nicht erkennbar und wäre bei einem so stabilen Kind wie C.\_\_\_\_\_ auch kaum erfolgreich. Die Überzeugung der Mutter, dass C.\_\_\_\_\_ einen guten und regelmässigen Kontakt zum Vater brauche, scheine authentisch. Sie schotte C.\_\_\_\_\_ familiär nicht ab und sei besorgt, dass sie nicht die einzige Vertrauensperson für ihn sei. Eine Instrumentalisierung und Vereinnahmung von C.\_\_\_\_\_ für ihre Interessen lasse sich nicht begründen. Bei C.\_\_\_\_\_ sei auch kein Loyalitätskonflikt zu erkennen. Er äussere sich unbefangen über die Situation, in der er sich und seine Eltern nun erlebe und früher erlebt habe. Aufgrund der einsichtigen Zusammenhänge lebensgeschichtlicher und situativer Elemente sei von der Bildung eines autonomen Willens von C.\_\_\_\_\_ auszugehen. Er habe in den Settings in vielfältiger Weise sein Recht zur Mitsprache wahrgenommen und sich differenziert geäussert. Der harte elterliche Konflikt verlange von C.\_\_\_\_\_ letztlich seit Monaten immer wieder die Verteidigung seines Willens. Die Weigerung von C.\_\_\_\_\_, nach Spanien zurückzukehren, zeige sich authentisch und er glaube an die Selbstwirksamkeit seines Willens. Es sei für ihn befremdend, dass der Vater diesen nicht respektiere, was aber nicht mit Entfremdung gleichzusetzen sei.

Das Kantonsgericht hat befunden, dass mit dem Gutachten der autonom gebildete und auf einen Verbleib in der Schweiz gerichtete Kindeswille nicht nur glaubhaft gemacht, sondern bewiesen sei, weshalb gestützt auf Art. 13 Abs. 2 HKÜ von einer Rückführung des Kindes abzusehen sei.

#### **E. 4**

Der Vater greift das Gutachten zunächst mit verschiedenen formellen Vorbringen an, die er - verbunden mit dem Antrag, das Gutachten aus den Akten zu weisen - schon vor Kantonsgericht gemacht hatte und die deshalb nicht als neu im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG gelten können; auf einzelne spezifische Eintretensvoraussetzungen wird sogleich im Sachkontext einzugehen sein.

Der Beschwerdeführer bestreitet die Eignung der Gutachterin, welche keine rechtspsychologische Ausbildung mitbringe und nach ihren eigenen Ausführungen gar nicht Psychologin sei. Dieses Vorbringen wurde mit Stellungnahme zum Gutachten vom 15. Dezember 2016 in das kantonale Verfahren eingeführt. Indes wird nicht aufgezeigt, dass die Person der Gutachterin bereits vor der Erstellung des Gutachtens als ungeeignet bezeichnet und sie deshalb abgelehnt worden wäre oder dass den Parteien in Verletzung von Verfahrensvorschriften vorgängig das rechtliche Gehör zur Person der Gutachterin verweigert und diese erst im Nachhinein bekannt geworden wäre (vgl. zur Eignung und sofortigen Beanstandung der Person des Gutachters das Urteil 5A\_864/2011 vom 16. März 2012 E. 4.1).

Was das Vorbringen anbelangt, die Gutachterin zitiere veraltete Literatur, ist augenfällig, dass sie zwar eingangs des Gutachtens zwei Literaturhinweise anbringt, in der Folge aber nicht wesentlich darauf zurückkommt und jedenfalls keinen engen Zusammenhang zwischen ihren Schlussfolgerungen und den am Anfang des Gutachtens zitierten zwei

Werken herstellt. Dies hält der Vater in seiner Beschwerde letztlich auch selber fest. Insofern ist für die konkreten Befunde belanglos, ob und welche Literatur zitiert wurde.

Was die Kritik anbelangt, die Gutachterin sei über die Fragestellung des Gerichtes hinausgegangen, so trifft zu, dass das Gutachten teilweise den Charakter eines Zuteilungsgutachtens annimmt. So werden die - bereits im Urteil 5A\_513/2016 vom 12. August 2016 E. 3.2. a.E. erwähnten - unterschiedlichen Erziehungsschwerpunkte der Elternteile dargestellt und bewertet (Gutachten, S. 12 f.). Diese Teile sind zwar für das vorliegende Verfahren irrelevant; sie machen indes das Gutachten in Bezug auf die in Auftrag gegebene Beurteilung des Kindeswillens entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht per se unbrauchbar.

Zum Vorhalt des Vaters, die Gutachterin habe ihn ursprünglich gar nicht anhören wollen und ihn schliesslich nur telefonisch kontaktiert, obwohl er schlecht Englisch spreche, während die Gegenseite inklusive verschiedene Familienmitglieder ausführlich zu Wort gekommen sei, hat das Kantonsgericht festgehalten, dass die Gesprächszeiten mit den Parteien, dem Kind und den weiteren Personen nicht detailliert aufgelistet worden und unterschiedlich ausgefallen seien, was aber an der Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens nichts ändere und im Übrigen auf die gegebenen Umstände und persönlichen Verhältnisse zurückzuführen sei. In der Tat enthält das Gutachten entgegen dem Üblichen keinerlei zusammenfassende Wiedergabe der Ausführungen der angehörten Personen; immerhin wird aber auf S. 1b kurz aufgelistet, an welchen Tagen die Gutachterin mit welcher Person persönlich oder telefonisch in Kontakt stand.

Was sodann den Vorwurf angeht, die Gutachterin sei tendenziös und parteiisch, so wird nicht dargetan, dass und inwiefern sie böswillig Feststellungen oder Schlussfolgerungen zum Nachteil des Vaters getroffen hätte. Es stimmt, dass sie von einem ganz anderen Sachverhalt ausgegangen ist, als er im Rückführungsverfahren festgestellt wurde. Dies ist aber insofern nicht von Belang, als es in Bezug auf die Rückführungsvoraussetzungen bei den im Rückführungsverfahren getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sein Bewenden haben muss. Letztlich ging es im Gutachten nach den zutreffenden Ausführungen des Kantonsgerichts (angefochtener Entscheid, S. 18) auch gar nicht um die Feststellung der Lebensverhältnisse in Spanien, sondern um die Frage, inwiefern das Kind heute zu autonomer Willensbildung fähig ist. Daher besteht kein Anlass, das Gutachten aus den Akten zu weisen. Indes wird auf die Kritik des Vaters im Sachkontext zurückzukommen sein, soweit die autonome Bildung des Kindeswillens im Gutachten mit Annahmen begründet wird, welche in klarem Widerspruch zu den Feststellungen im Rückführungsverfahren stehen (dazu E. 5.3).

Was schliesslich das im betreffenden Kontext geäusserte Anliegen nach allfälliger neuer Begutachtung anbelangt, so steht das in Rückführungsverfahren zentrale Eilgebot (dazu E. 2) in der Regel einer Begutachtung und insbesondere vorliegend einem weiteren Gutachten entgegen. Vielmehr stellt sich, worauf noch zurückzukommen sein wird (vgl. E. 5.6), die Frage nach einer erneuten gerichtlichen Anhörung des Kindes.

## **E. 5**

In der Sache selbst geht es im Abänderungsverfahren um die Frage, ob sich das Kind der Rückführung im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ widersetzt. Zentral ist dabei, ob das Kind die hierfür geforderte Reife aufweist und der von ihm geäusserte Wille autonom gebildet worden ist.

### **E. 5.1**

Im Urteil 5A\_229/2015 vom 30. April 2015 wurde die bisherige Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 2 HKÜ wie folgt zusammengefasst: Das Haager Kindesrückführungsübereinkommen legt kein bestimmtes Alter fest, ab wann ein Widersetzen des Kindes berücksichtigt werden kann. In der Lehre werden Mindestalter zwischen 10 und 14 Jahren postuliert (für Nachweise vgl. BGE 131 III 334 E. 5.2 S. 340; 133 III 146 E. 2.3 S. 148 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche Reife im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ erreicht, wenn das Kind zu autonomer Willensbildung fähig ist, das heisst wenn es seine eigene Situation zu erkennen und trotz der äusseren Einflüsse eine eigene Meinung zu bilden vermag ( BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340) und wenn es den Sinn und die Problematik des anstehenden Rückführungsentscheides verstehen kann; dies heisst, dass es insbesondere erkennen können muss, dass es nicht um die Sorgerechtsregelung, sondern vorerst nur um die Wiederherstellung des aufenthaltsrechtlichen Status quo ante geht und alsdann im Herkunftsstaat über die materiellen Fragen entschieden wird ( BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149 f.). Gestützt auf die einschlägige kinderpsychologische Literatur geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die erwähnten Voraussetzungen in der Regel ab ungefähr elf bis zwölf Jahren gegeben sind ( BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 150). Indes darf auch der aktenkundig geäusserte Wille eines etwas jüngeren Kindes nicht einfach ausgeblendet werden; vielmehr hat sich das Gericht damit auseinanderzusetzen. In jedem Fall ist aber Voraussetzung, dass der geäusserte Kindeswillen, damit er die Basis für den eigenständigen Ausschlussgrund von Art. 13 Abs. 2 HKÜ bilden kann, autonom gebildet worden ist. Selbstverständlich erfolgt eine jede Willensbildung nicht völlig losgelöst von äusserer Beeinflussung, schon gar nicht bei kleineren Kindern ( BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340). Sie darf aber nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen, denn es lässt sich dort nicht mehr von einem dem Kind zurechenbaren autonomen Willen sprechen, wo es bloss die Ansicht seiner momentanen Bezugsperson transportiert. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung zu verstehen, wonach das Widersetzen des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ mit einem gewissen Nachdruck und mit nachvollziehbaren Gründen vertreten werden muss (vgl. BGE 133 III 88 E. 4 S. 91; nicht beanstandet im Urteil Nr. 3592/08 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 22. Juli 2014).

### **E. 5.2**

Nach dem zur Grundlage des angefochtenen Abänderungsentscheides gemachten Gutachten äussert C.\_\_\_\_\_ konstant, in der Schweiz bleiben zu wollen. Das Gutachten geht bei der Frage nach der Entwicklung des Kindeswillens davon aus, dass C.\_\_\_\_\_ diesen Willen schon immer hatte, und erklärt dies damit, dass die Mutter auch in Spanien die Hauptbezugsperson des Kindes gewesen sei: Die durchgängige Erfahrung, dass der Familienalltag von C.\_\_\_\_\_ sich als eine Selbstverständlichkeit im Zusammenleben mit der Mutter situiere und er von dort aus einen Besuchsmodus zum Vater pflege, bedeute, dass er bislang nie vor der Frage gestanden habe, seinen Lebensalltag beim Vater einzurichten (Gutachten, S. 2 unten). Sodann hält das Gutachten fest, dass C.\_\_\_\_\_ seinen Willen autonom gebildet habe und keinerlei Anzeichen für einen Loyalitätskonflikt oder für eine Manipulation des Kindes bestünden, sondern vielmehr die Mutter authentisch äussere, dass C.\_\_\_\_\_ einen guten und regelmässigen Kontakt zum Vater brauche, weshalb sie ihn auch nicht abschotte.

### **E. 5.3**

Soweit sich die Ausführungen im Gutachten auf die Zeit bis zum Rückführungsentscheid beziehen, stehen sie in klarem Gegensatz zu den Feststellungen des kantonalen und des bundesgerichtlichen Rückführungsurteils, indem letztlich von einer auf das Leben in Spanien zurückzuführenden und auch nach dem Verbringen des Kindes in die Schweiz fortbestehenden Kontinuität der Eltern-Kind-Beziehung und im Übrigen von einer Willenskontinuität des Kindes ausgegangen wird. Diesbezüglich kann das Gutachten nicht zur Grundlage des Abänderungsentscheides gemacht werden, was auch das Kantonsgericht anerkannte mit der Erwägung, dass anlässlich des Rückführungsentscheides keinerlei Anzeichen für eine Weigerung des Kindes bestanden, nach Spanien zurückzukehren, und dass dies von keiner Seite geltend gemacht wurde (angefochtener Entscheid, S. 7).

Frage ist also, ob heute im Unterschied zur Lage, wie sie im Zeitpunkt des Rückführungsentscheides gegeben war, die Situation besteht, wie sie im Gutachten beschrieben wird, oder ob nach wie vor objektive Anhaltspunkte bestehen, welche an einer autonomen Willensbildung des Kindes und insbesondere auch an seiner Reife im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ zweifeln lassen.

#### **E. 5.4**

Was die Frage der Manipulation des Kindes anbelangt, macht der Vater geltend, dass die Mutter weiterhin kaum Kontakt zulasse und versuche, ihm das Kind zu entfremden. So habe sie anlässlich des Besuchstages vom 4. Februar 2017 behauptet, C.\_\_\_\_\_ verweigere das Besuchsrecht und sei im Übrigen krank. Es habe sich aber bald herausgestellt, dass dieser den Besuch geschätzt und sich offensichtlich wohl gefühlt habe (Beschwerde, S. 23). Bei diesem Vorbringen handelt es sich allerdings um ein echtes und damit in absoluter Weise unzulässiges Novum ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123), denn was sich am Besuchstag vom 4. Februar 2017 abspielte, konnte dem Kantonsgericht bei seinem am 6. Februar 2017 gefällten Entscheid nicht bekannt sein, zumal der Vater auf den Bericht des Besuchsrechtsbeistandes vom 7. Februar 2017 verweist. Jedenfalls tut er nicht dar, dass er die betreffenden Begebenheiten dem Kantonsgericht noch vor dessen Entscheid zur Kenntnis gebracht, dieses aber in Verletzung des Willkürverbotes entsprechende Sachverhaltsfeststellungen unterlassen hätte.

Weil es sich beim Bericht vom 7. Februar 2017, welcher den Besuchskontakt vom 4. Februar 2017 zwischen Vater und Sohn als herzlich und innig beschreibt, um ein echtes Novum handelt, kann der Vater diesen auch nicht gegen die vom Kantonsgericht zitierte Aussage im Gutachten anführen, bei C.\_\_\_\_\_ sei eine grosse und nicht auf Manipulation zurückzuführende Abneigung erkennbar, mit seinem Vater Kontakt zu haben (Beschwerde, S. 7). Ebenso wenig kann aus den genannten Gründen Berücksichtigung finden, dass aufgrund der Berichte der Loyalitätskonflikt des Kindes sich in mehrfacher Hinsicht offenkundig äusserte und dass die Mutter gemäss dem letzten Besuchsbericht am Besuchstag vom 25. Februar 2017 gegenüber dem Besuchsbeistand äusserte, C.\_\_\_\_\_ tue nur so, als ob er sich im Umgang mit seinem Vater wohl fühle, und das Besuchsrecht müsse unbedingt abgeändert werden.

Auf der anderen Seite wird im Gutachten im Zusammenhang mit der Autonomie des Kindeswillens auf die Ambivalenzfähigkeit von C.\_\_\_\_\_ hingewiesen, welcher beide Elternteile aus seiner Erfahrung kritisch und positiv beurteilen könne, was ein sehr wichtiges Indiz dafür sei, dass weder vorsätzlich noch unwissentlich eine manipulative Entfremdung von C.\_\_\_\_\_ gegenüber dem anderen Elternteil inszeniert werde.

Unzutreffend ist schliesslich der Vorwurf des Vaters, die Gutachterin habe im Zusammenhang mit der Frage der autonomen Willensbildung vollständig ausser Acht gelassen, dass die Mutter seit Monaten die einzige Bezugsperson des Kindes sei: Im Gutachten wird auf S. 5 festgehalten, dass sich die Mutter vor allem seit der Ankunft in der Schweiz mit den verständlichen Fragen von C.\_\_\_\_\_ zum Stand der Dinge konfrontiert gesehen und versucht habe, diese zu beantworten. Dass sie damit nicht nur sein Wissensbedürfnis zufrieden gestellt, sondern entlang ihrer eigenen Problemerkennung auch Gefühle von Angst und Ohnmacht bei C.\_\_\_\_\_ riskiert habe, sei ihr nicht bewusst. Eine gewisse Parteinahme von C.\_\_\_\_\_ für die Mutter sei aus ihrer Sicht daher nicht auszuschliessen. Mit diesen Ausführungen hat die Gutachterin den vom Vater in der Beschwerde angesprochenen Punkt jedenfalls implizit berücksichtigt.

### **E. 5.5**

Was weiter die Reife des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ anbelangt, so wurde diese im Gutachten bejaht, namentlich unter Hinweis auf die Ausführungen von C.\_\_\_\_\_ zur Frage, was für ihn "Familie" bedeutet, und auf das Bedürfnis von C.\_\_\_\_\_ nach Neutralität gegenüber dem Vater (Gutachten, S. 8 f.). Im angefochtenen Entscheid wurden keine spezifischen Ausführungen zur Reife des Kindes gemacht, sondern festgehalten, dass diese im Gutachten festgestellt worden sei.

Allerdings bestehen verschiedene objektive Anhaltspunkte, welche nicht überbrückbare Zweifel an der erforderlichen kognitiven Reife, wie sie in E. 5.1 dargestellt worden ist, aufkommen lassen. Dies ergibt sich zunächst aus dem Umstand, welcher Anlass für das Abänderungsgesuch war, dass nämlich C.\_\_\_\_\_ wenige Tage nach dem Rückführungsurteil plötzlich das Gegenteil von dem äusserte, was er kurz zuvor bei der gerichtlichen Anhörung ausgeführt hatte. Im Gutachten wird erklärt, dass C.\_\_\_\_\_ nie etwas anderes gewollt habe und an die "Selbstwirksamkeit" seines Willens glaube. Indes festigt diese Begründung nicht eben die Annahme einer besonderen Reife des zehnjährigen Kindes und insbesondere erklärt dies nicht, wieso C.\_\_\_\_\_ bei der Anhörung das Gegenteil von dem äusserte, was offenbar immer schon seinem Willen entsprochen hat. Wenn die Mutter und der Kindesvertreter festhalten, erst mit dem Rückführungsentscheid sei dem Kind klar geworden, dass es nach Spanien zurück müsse, was implizit bedeutet, dass ihm diese Möglichkeit kurz zuvor bei der Anhörung im Rahmen des Rückführungsverfahrens nicht bewusst war, so lässt dies ebenfalls Zweifel an der Fähigkeit aufkommen, die eigene Situation zu erkennen und einzuordnen. Weiter fällt auf, dass sich die Mutter und nicht das Kind selbst auf das Widersetzen berufen hat, obwohl es einen Vertreter hat. Dieser hält zwar in seiner Stellungnahme - analog zu den Ausführungen der Mutter - fest, C.\_\_\_\_\_ habe auf eine gütliche Einigung der Eltern gehofft; erst aufgrund des Rückführungsentscheides sei die Rückkehr nach Spanien für ihn zu einer realen Vorstellung und sei ihm gleichzeitig klar geworden, dass dies überhaupt nicht seinem Willen entspreche. Indes scheint C.\_\_\_\_\_ seinen Vertreter nie selbst mit dem Anliegen angegangen zu sein, sich mit Rechtsbehelfen für seinen Verbleib in der Schweiz einzusetzen.

### **E. 5.6**

Immerhin ist aber seit der Einleitung des Abänderungsverfahrens nunmehr weit über ein halbes Jahr verstrichen, in welchem sich die Reife von C.\_\_\_\_\_ entwickelt und seine Überzeugung verdichtet haben mag. Insgesamt besteht aufgrund der vorstehenden

Ausführungen keine Grundlage, welche für den jetzigen Zeitpunkt die Abweisung oder die Gutheissung des Abänderungsgesuches als klar indiziert erscheinen lässt. Es drängt sich auf, die Angelegenheit zu einer aktualisierten Anhörung des Kindes zurückzuweisen.

Bei der neuen Entscheidung wird nebst den anderen angesprochenen Faktoren u.a. die abrupte Änderung der Willensrichtung des Kindes zu thematisieren sein. Die betreffende Frage ist nicht nur wichtig, weil es sich um ein Abänderungsverfahren handelt, sondern auch, weil sie für die Beurteilung der Reife des Kindes von Bedeutung ist, wobei sich diese freilich nach dem Urteilszeitpunkt und nicht nach der damaligen Lage richten wird. Soweit sich bei der Anhörung und aufgrund der neusten Entwicklungen die autonome Willensbildung und die Reife des Kindes im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ als gegeben erweist, wird von einer auf das Haager Entführungsübereinkommen gestützten Rückführung abzusehen sein. Andernfalls wären geeignete Vollzugsmassnahmen zu ergreifen, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Polizei bereits im Vorfeld der seinerzeit angeordneten Übergabe des Kindes erklärt hatte, sich entgegen der Vollzugsanordnung im Rückführungsentscheid auf ein reines Beobachten der Übergabesituation zu beschränken. Allenfalls wird das HKÜ-Verfahren auch mit dem zwischenzeitlich gestützt auf die spanische Sorgerechtsentscheidung eingeleiteten ESÜ-Verfahren zu koordinieren sein.

## **E. 6**

Der Beschwerdeführer kritisiert schliesslich, dass das Kantonsgericht den beteiligten Anwälten und damit auch seinem Anwalt im Unterschied zum Rückführungsverfahren nur noch 85 % des Stundenansatzes von Fr. 230.-- ausgerichtet habe. Damit werde das Haager Rückführungsübereinkommen verletzt, weil aufgrund von Art. 26 Abs. 2 HKÜ der Staat die Kosten der Beordnung eines Rechtsanwaltes zu tragen habe und dies gemäss Art. 26 Abs. 3 HKÜ (mangels eines entsprechenden Vorbehaltes von Spanien im Sinn von Art. 42 HKÜ) gerade nichts mit der unentgeltlichen Rechtspflege zu tun habe, weshalb nicht in analoger Anwendung von § 98 Abs. 1 JusG/LU die betreffenden Kriterien übernommen werden dürften.

In Ziff. 3 des Dispositives hat das Kantonsgericht nicht etwa den Parteien, sondern direkt und persönlich den Parteianwälten und dem Kindesvertreter die aufgrund von deren Honorarnoten festgesetzten Entschädigungen zugesprochen. Nicht anders als bei der unentgeltlichen Rechtspflege (zuletzt Urteile 5A\_157/2015 vom 12. November 2015 E. 1.3; 5D\_54/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1; 5D\_62/2016 vom 1. Juli 2016 E. 1.3) ist deshalb einzig der betroffene Rechtsanwalt legitimiert, die Höhe des Honorars anzufechten. Wie die unentgeltlich vertretene Partei (dazu Urteil 4A\_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 1.3) hat nämlich auch die Partei des HKÜ-Verfahrens kein eigenes Interesse an einer höheren Vergütung des Rechtsvertreters, besteht doch der Zweck von Art. 26 Abs. 2 HKÜ gleichermassen gerade darin, dass ihr keine Kosten durch die Vertretung erwachsen sollen.

Ohnehin wäre die Kritik auch inhaltlich untauglich. Art. 26 Abs. 2 HKÜ sagt einzig, dass im Grundsatz der Staat die Kosten der Vertretung der HKÜ-Parteien zu tragen hat. Zur konkreten Bemessung sagt das Übereinkommen nichts; vielmehr richtet sich diese nach den einschlägigen kantonalen Tarifen (vgl. Art. 96 ZPO), deren willkürliche Anwendung vorliegend mit substantiierten Rügen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG) beanstandet werden müsste, wobei Willkür nur vorliegen würde, wenn die Festsetzung des Honorars ausserhalb jeden vernünftigen Verhältnisses zu den vom Anwalt geleisteten Diensten stünde und in

krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstiesse ( BGE 141 I 124 E. 3.2 S. 126). Dies wird nicht dargelegt und solches ist auch nicht ansatzweise ersichtlich: Das Kantonsgericht ist weit über den für die betreffende Verfahrensart vorgesehenen Tarifrahmen hinausgegangen bzw. hat diesen bewusst nicht angewandt, indem es alle geltend gemachten 50 Stunden entschädigt hat, jedoch in analoger Anwendung von § 98 Abs. 1 JusG/LU - welcher im Übrigen nicht nur die unentgeltliche Rechtspflege, sondern auch die amtliche Verteidigung betrifft - nur zu 85 %. Dass damit der zur wirksamen Ausübung des Mandates benötigte Handlungsspielraum beschränkt worden wäre (dazu BGE 141 I 124 E. 3.1 S. 126; Urteil 5A\_157/2015 vom 12. November 2015 E. 3.2.1), wird nicht geltend gemacht. Dieser müsste nämlich analog zur unentgeltlichen Rechtspflege und zur amtlichen Verteidigung garantiert sein, wobei auch im HKÜ-Verfahren nicht jeder, sondern nur der gebotene Aufwand durch den Staat zu entschädigen ist (dazu BGE 137 III 185 E. 6.2 S. 188), so dass durchaus auch Kürzungen bei der geltend gemachten Stundenanzahl denkbar wären.

#### **E. 7**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben und die Rechtsvertreter aller Beteiligten aus der Bundesgerichtskasse entschädigt (Art. 26 Abs. 2 HKÜ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.